

PRINCIPIOS PINHEIRO APLICADOS AL TRATAMIENTO DE LOS
SEGUNDOS OCUPANTES EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE
TIERRAS EN COLOMBIA



Presentado por
MARITZA PÉREZ AMAYA
JHON WILMER BARRERA ESTUPIÑAN
BELKIS ALEJANDRA FORERO GELVEZ

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS HUMANOS
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

PRINCIPIOS PINHEIRO APLICADOS AL TRATAMIENTO DE LOS
SEGUNDOS OCUPANTES EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE
TIERRAS EN COLOMBIA



Presentado por
MARITZA PÉREZ AMAYA
JHON WILMER BARRERA ESTUPIÑAN
BELKIS ALEJANDRA FORERO GELVEZ

Trabajo presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derechos Humanos

Asesor disciplinar
Dr. JHON EDIER AGUIRRE AGUIRRE

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS HUMANOS
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

PRINCIPIOS PINHEIRO APLICADOS AL TRATAMIENTO DE LOS SEGUNDOS OCUPANTES EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA

Resumen

El objetivo de este *paper* es analizar el alcance de los Principios Pinheiro en el tratamiento de los segundos ocupantes en los procesos de restitución de tierras en Colombia. Se trata de un estudio enmarcado en el paradigma histórico-interpretativo, el enfoque cualitativo y el tipo de investigación jurídica. Se aborda en primer lugar las características y naturaleza de los Principios Pinheiro en el terreno internacional y nacional, luego se analizan las normas internacionales y nacionales relacionadas con los derechos de los segundos ocupantes, y por último, se describen algunos de los aportes de estos principios en el contexto de la restitución de tierras en Colombia. Los resultados muestran que los Principios Pinheiro pertenecen a la categoría *soft law*, pero con efectos jurídicos al servir de directriz en los adelantos legislativos y el diseño de políticas públicas. Hace parte del bloque de constitucionalidad y ello implica su observancia dentro de los casos de los segundos ocupantes.

Palabras clave: *Principios Pinheiro, Segundos ocupantes, ocupantes secundarios, restitución de tierras.*

Abstract

The objective of this article is to analyze the scope of the Pinheiro Principles in the treatment of the second occupants in the land restitution processes in Colombia. It is a study framed in the historical-interpretative paradigm, the qualitative approach and the type of legal research. Dryer first, the characteristics and the nature of the Pinheiro Principles in the international and

national terrain, then the international norms and the names related to the occupying rights are analyzed, and finally, they are fixed in the names of the Principles in the context of land restitution in Colombia. The results show that the Pinheiro Principles belong to the soft law category, but with legal effects in the service of directives in the legislative advances and the design of public policies. It is part of the constitution block and this implies its observation within the occupied cases.

Keywords: *Pinheiro Principles, Second occupants, secondary occupants, land restitution.*

Introducción

La ley 1448 de 2011 (Congreso de la República, 2011, 10 de junio) permitió abordar de manera compleja el tema de las víctimas en Colombia. Varios años se requirieron para que el Estado colombiano dispusiera de un conjunto de medidas presupuestarias, procedimentales e institucionales para reconocer los derechos de las víctimas: justicia, verdad, reparación y no repetición. La Ley 1448 entró a regular, entre otras cosas, la restitución de tierras como respuesta fundamental al problema del abandono forzado y despojo que se ha dado durante largas décadas en el país, y que ha afectado, principalmente, a la población en mayor desventaja social. Tanto el abandono forzado como el despojo configuran dos eventos diferentes asociados con el mismo problema: tierras y conflicto armado, un binomio complejo de difícil análisis.

De acuerdo a Chaparro, *et. al.* (2016) el abandono forzado, y siguiendo la definición del artículo 74 de la Ley 1448, corresponde al evento en que una persona se ve obligada a desplazarse limitando su posibilidad de administración, explotación y contacto directo con el predio, y se caracteriza

porque no hay una decisión libre ni voluntaria en cuanto al desplazamiento. Y por otro lado, el despojo se configura cuando se priva a la persona de forma arbitraria de la propiedad, posesión u ocupación del bien, bien sea de hecho o bien a través de cualquier negocio jurídico, acto administrativo, sentencia o similares. Es este caso, “[se] requiere la intervención consciente de un tercero” (p. 23).

A febrero de 2018, en Colombia se registran 8’632.032 víctimas, y de estas, 6.023 personas se encuentran identificadas como víctimas de despojo o abandono forzado de tierras (Red Nacional de Información, 2018). Además de ello, los datos demuestran que se han presentado 6.697 eventos de abandono de tierras, aunque la cifra puede ser mayor en los próximos años con las oportunidades que brinda el nuevo escenario político y social del país. Como se observa, el número de víctimas en Colombia, incluyendo aquellas que han sufrido despojo forzado y/o abandono, aún resulta incierta, así como el número de hectáreas que deben ser objeto de restitución. Por ello, la restitución de tierras resulta un asunto complejo: no hay cifras exactas del total de víctimas de abandono forzado o despojo, no hay claridad sobre la cantidad de tierras involucradas con el problema, existen dificultades para restituir de forma material los predios, pues en muchos de los casos hay una relación de sus ocupantes con grupos armados vinculados al conflicto armado interno, y muchos de los despojos se realizaron simulando legalidad en sus actuaciones jurídicas. Y es que aún queda un largo camino, pues hay innumerables inconvenientes y tropiezos en el logro de la restitución de tierras:

Pero la realidad colombiana se caracteriza precisamente por los altos niveles de informalidad de la propiedad rural, y por un atraso en el sistema oficial de notariado y registro de predios que se refleja en la falta de información actualizada y adecuadamente sistematizada.

Incluso hay áreas del país que no cuentan con ninguna formación catastral. Pero además, la información del catastro no es congruente frente a otras fuentes oficiales y no contempla otros derechos diferentes a la propiedad de la tierra, tales como la posesión, la ocupación y la tenencia sobre la misma. (Martínez, 2013, p. 15)

Entonces, la Ley 1448 de 2011 se manifiesta como una respuesta concreta al grave y complejo fenómeno de las tierras en el marco del conflicto armado interno. Sin duda alguna, comprende un avance en materia de justicia social que tuvo su antesala en el trabajo y las decisiones de la Corte Constitucional, así como en el trabajo de instituciones públicas que reconocían el problema en que se encontraba las personas víctimas del conflicto armado. Sin embargo, la complejidad de la realidad descrita también se observa en el amplio número de segundos ocupantes, muchos de ellos en el mismo estado de vulnerabilidad de las víctimas, que vienen siendo privadas de su derecho sobre los predios que vienen habitando por aplicación del componente de restitución de tierras de la Ley 1448.

La mencionada Ley en su artículo 88 describe el acto procesal de la oposición, el cual se debe surtir dentro de los 15 días siguientes a la solicitud, y a través de un escrito acompañado por los documentos que permitan demostrar la buena fe exenta de culpa. Precisamente, la buena fe exenta de culpa o buena fe calificada sólo puede demostrarse mediante actos de diligencia como averiguaciones, consultas y registros; en otras palabras, el segundo ocupante u opositor debe acreditar que gestionó un conjunto de actividades tendientes a consolidar un conocimiento preciso sobre el origen del predio, sus anteriores dueños y el contexto en el que se enmarcaban los respectivos negocios jurídicos asociados con el inmueble. Muchos de ellos sin mayor formación, adquirieron estas propiedades sin averiguaciones ni consultas

extensas, lo cual es prueba de buena fe simple pero no de la buena fe exenta de culpa.

A raíz de lo anterior, se han presentado innumerables casos de personas que se han visto privadas de sus derechos sobre la propiedad por no lograr demostrar la buena fe exenta de culpa. En efecto, la Ley impone la inversión de la prueba en favor de la víctima y en desventaja del opositor, y en muchos casos resulta imposible de demostrar esta buena fe calificada. Con ello, se desconoce derechos fundamentales protegidos por los instrumentos internacionales y la Constitución Política de 1991, por ejemplo, el debido proceso, el derecho a la defensa, el acceso a recursos y el derecho a la igualdad pues muchos de los opositores se encuentran en igual desventaja social que las víctimas.

Una posibilidad para la interpretación alternativa del fenómeno descrito y su posible solución, se encuentre en los Principios de las Naciones Unidas sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas de 2005 -o bien llamados Principios Pinheiro- (Naciones Unidas, 2005). Hasta hace poco, la Corte Constitucional en una de sus jurisprudencias se apoyó en este instrumento que caen dentro de la categoría *soft law* para brindar respuesta a la demanda de inconstitucional sobre la expresión *exenta de culpa* contenida en el artículo 88 de la Ley 1448 de 2011. Conforme a lo expuesto, este artículo de reflexión busca explorar la naturaleza y alcance de los Principios Pinheiro de las Naciones Unidas para analizar sus aportes a los casos de los segundos ocupantes/opositores en el marco de la restitución de tierras en Colombia.

Los Derechos Humanos son una construcción progresiva y la investigación jurídica y socio-jurídica puede aportar en la consolidación de nuevas perspectivas y enfoques de interpretación. Para el caso específico de

investigación, el estudio busca ahondar desde el nivel jurídico en una problemática que se viene presentando en el país y que requiere de visiones alternativas para su abordaje. Los Principios Pinheiros a pesar de pertenecer a la categoría *soft law* ofrece elementos específicos que sugieren el cambio de tratamiento de los segundos ocupantes u ocupantes secundarios en los procesos de restitución de tierras. Por ello, resulta novedoso que se estudien los mismos en cuanto a su naturaleza y alcance para verificar su incorporación al marco normativo interno y las posibles reformas legislativas que se deberían adelantar como parte de una política pública que atienda al Enfoque de Acción Sin Daño.

Problema de investigación

¿Cuál es el alcance de los Principios Pinheiro en el tratamiento de los segundos ocupantes en los procesos de restitución de tierras en Colombia?

Objetivo general

Analizar el alcance de los Principios Pinheiro en el tratamiento de los segundos ocupantes en los procesos de restitución de tierras en Colombia.

Metodología

El presente estudio se enmarca en el paradigma histórico-interpretativo el cual le es propio al campo de las ciencias sociales y humanas, entre estas, el Derecho. Se trata de un estudio de naturaleza cualitativa y de tipo jurídico-descriptivo por cuanto busca ahondar en características o particularidades del

fenómeno que no son sujetas a cuantificaciones o control de variables, y que es de interés para las ciencias jurídicas. Para el cumplimiento de los objetivos se hace una revisión documental, principalmente, normas, leyes e instrumentos internacionales, apoyado de otros documentos como informes, estudios o doctrina.

Esquema de resolución del problema

1. Naturaleza y características de los Principios Pinheiro en el contexto jurídico colombiano. 2. El marco normativo internacional y nacional relacionado con los segundos ocupantes frente a la restitución de tierras. 3. Los aportes de los Principios Pinheiro para la adecuación de la política de restitución de tierras en Colombia respecto de los segundos ocupantes.

Plan de redacción

Naturaleza y características de los Principios Pinheiro en el contexto jurídico colombiano

Los Principios Pinheiros nacen en el 2005 tras siete años de trabajo que empezó con la Resolución 1998/26 sobre “sobre la Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y los desplazados internos de 1998” (Naciones Unidas, 2007). El Relator Especial de la Sub-Comisión de las ONU encargado para ello, Paulo Sérgio Pinheiro, formuló el documento final entre los años 2002 y 2005, adoptando su apellido como referencia para su denominación. Siendo un conjunto de principios y no una convención o tratado internacional, este instrumento se ubica dentro de la

categoría de *soft law* del Derecho o también mencionado dentro de la literatura o la doctrina *derecho flexible* o *derecho blando*.

Del Toro Huerta (2006) encuentra que el concepto *soft law* es complejo y difícil de precisar en cuanto a su naturaleza, significado y alcance, lo cual depende de la interpretación que se le otorgue al derecho internacional: “El término es usualmente empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos” (p. 533). También explica que dentro de esta categoría encaja un innumerable número de documentos internacionales entre los que se encuentran resoluciones, recomendaciones, informes, conferencias, programas, estándares y códigos de conducta, pero que en todos ellos aparece como común denominador o elemento unificador la no obligatoriedad.

Apoyándose en los aportes de Barberis, del Toro Huerta (2006) explica que *soft law* es la denominación que se ha designado a las normas que se encuentran en el camino de la consolidación y que también adquieren los calificativos de *lex lata* y *lex ferenda* dentro de la doctrina. En ese sentido, *hard law* y *soft law* no se trata de diferentes niveles o grados de obligatoriedad, sino de una dificultad para identificar su cumplimiento. Para este autor, tanto la una como la otra “son obligatorias y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento son las mismas” (p. 523). Así mismo detalla que muchas normas que pertenecen al campo *hard law* puede mostrar serias dificultades para su cumplimiento, y otros pertenecientes a la orilla opuesta, encuentran menos limitaciones y dificultades en términos de aplicación e incorporación.

El centro del problema que resulta de interés para esta investigación se encuentra precisamente en el alcance de las normas pertenecientes al terreno *soft law*. En principio, estos contenidos no son de obligatorio cumplimiento,

pero ello no implica que “carezcan de todo efecto jurídico, pues en diversas ocasiones reflejan el estado del desarrollo de normas consuetudinarias o son la base de tratados futuros e incluso, por su propia naturaleza, en tanto generan expectativas de comportamiento, están regidos de alguna manera por el principio de la buena fe, lo que explica su utilidad y cumplimiento” (del Toro Huerta, 2006, p. 538). En otros términos, las normas *soft law* constituyen referentes en materia jurídica que conllevan a cierto grado de observancia, y que encuentra en la buena fe que marca el Derecho Internacional, la razón de ser. Como bien lo anota el autor citado, “a pesar de carecer de fuerza vinculante tales instrumentos se caracterizan por su capacidad de producir ciertos efectos jurídicos que varían dependiendo el grado de compromiso, la precisión de sus cláusulas y la delegación de facultades a organismos internacionales de supervisión” (p. 539).

De acuerdo a lo anterior, los Principios Pinheiro generan efectos jurídicos, los cuales pueden variar conforme al compromiso que muestren los Estados en su incorporación y cumplimiento, la precisión del texto que allí se ha consignado y la facultad otorgada a estamentos internacionales para su supervisión. En el caso colombiano, la Corte Constitucional en el 2007 estableció que los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas o Principios Pinheiro hacen parte del Bloque de constitucionalidad en sentido lato (Sentencia T-821, 2007). Esto significa que estas normas “orientan la interpretación de la norma suprema”, mientras que las normas internacionales que forman parte en sentido estricto del Bloque de constitucionalidad prevalecen en el ordenamiento jurídico interno (Sentencia C-401, 2005).

Conforme a lo expuesto, y siguiendo las orientaciones del Toro Huerta (2006) respecto de lo requerido para que las normas de derecho internacional que caen en la categoría de *soft law* tengan en mayor o menor medida efectos

jurídicos, se entiende que al momento de establecer el Tribunal Constitucional colombiano que los Principios Pinheiro hacen parte del Bloque de constitucionalidad en sentido lato, se impone un cierto deber de utilizar los mismos o incorporarlos en las leyes, las políticas y los programas destinados a brindar respuesta a la situación de las personas en condición de desplazamiento forzado. Como bien lo describe la Corte Constitucional, los Principios Pinheiro orientan la interpretación de las normas constitucionales, y ello cobija tanto a las víctimas de desplazamiento forzado como a los segundos ocupantes u ocupantes secundarios.

Y es que los mismos Principios Pinheiro sugieren dicho alcance al señalar en el punto 1.1. que sirven de:

[...] asistencia a todos los actores competentes, tanto nacionales como internacionales, en el tratamiento de las cuestiones jurídicas y técnicas relativas a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio en situaciones de desplazamiento en que las personas afectadas se hayan visto privadas de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual.

Por otro lado, se evidencia que los Principios Pinheiro son claros en cuanto a lo que implica el derecho al retorno y a la restitución de la propiedad y el patrimonio de las víctimas, así como de los derechos y las garantías que se encuentran asociadas con este proceso. Entonces, la claridad de las cláusulas más el compromiso del Estado colombiano que se infiere de los mismos pronunciamientos de la Corte Constitucional, confirman los efectos jurídicos de los Principios Pinheiro y su aplicación en el escenario de la restitución de tierras en Colombia.

Siguiendo con la reflexión que ocupa este apartado, se puede señalar que los Principios Pinheiro corresponden a una respuesta urgente a los desafíos que trae consigo los conflictos armados en materia de restitución de viviendas y el patrimonio. En efecto, no se trata sólo de colaborar con la repatriación y el retorno de los afectados por el conflicto armado a sus lugares de orígenes, además se busca proteger y reafirmar el derecho que se tiene “sobre la antigua vivienda, la tierra o el patrimonio; en definitiva, el proceso de restitución de la vivienda y el patrimonio” (Naciones Unidas, 2007).

Así mismo, se interpreta como un cambio en el enfoque de intervención sobre contextos y/o poblaciones afectadas por los conflictos armados u otras situaciones que conllevan a que se produzcan desplazados o refugiados, pues ya no sólo se enfatiza únicamente en el apoyo humanitario de la repatriación voluntaria, sino que se promueve todo un proceso que conlleva a la participación activa de las personas que retornan articulando diversos factores y considerando diferentes dimensiones en función de generar soluciones duraderas y efectivas (Naciones Unidas, 2007).

Los Principios Pinheiro se caracterizan, entre otras cosas, por:

1. Promover la participación de los agentes locales en el tema del retorno.
2. Facilitar profundos impactos sobre las comunidades.
3. Permear, dirigir y orientar la normatividad internacional e interna de los Estados para que se reconozca de forma progresiva la restitución de la vivienda y el patrimonio como derecho fundamental.
4. Constituir la restitución de la vivienda y el patrimonio como derecho que goza de autonomía e independencia y que se articula o compromete otro tipo de derechos y garantías.
5. Procurar que las víctimas regresen a su situación anterior a las violaciones de los DDHH y el DIH en un marco de respeto de la libertad,

la vida social y familiar, el ejercicio de la ciudadanía, el goce de derechos, el trabajo y la propiedad. En otras palabras, se trata de deshacer los efectos del fenómeno de una manera consciente y lo más plena posible.

6. Interpretar que el retorno sin restitución resulta una medida incompleta o una solución parcial a las graves afectaciones sufridas (Naciones Unidas, 2007).

El principio 2º del instrumento internacional abordado expresa el derecho fundamental de todas las personas desplazadas o refugiadas a que se le restituyan sus viviendas, tierras y patrimonio, siempre y cuando estas hubiesen sido despojadas de manera arbitraria, o bien a que se les indemnice con otra vivienda o bien cuando resulte imposible la restitución. Así mismo, el derecho de restitución prevalece como medio de reparación, es decir, resulta una medida preferente al momento de diseñar políticas de justicia restitutiva (principio 2.2.).

Por su parte, los principios del 3 al 9 son de naturaleza general, y dentro de estos se encuentran la no discriminación, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho a la protección contra el desplazamiento, el derecho a la intimidad y el respeto del hogar, el derecho al disfrute pacífico de los bienes, el derecho a una vivienda adecuada y el derecho a la libertad de circulación. En cuanto al principio 10, este se detiene en el retorno o regreso de la persona de una forma voluntaria y en condiciones seguras, lo cual incluye información debida, participación, seguridad para sí mismos y sus familiares, y no coacción.

Otra sección de los principios se refiere a los mecanismos legales, políticos, técnicos e institucionales relacionados con el derecho a la restitución (principios del 11 al 21). Estos principios: 1. Reafirman la compatibilidad que

debe existir entre el amplio bagaje de instrumentos y normas internacionales de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, 2. Brinda directrices para el diseño e implementación de mecanismos, procedimientos e instituciones nacionales para un mayor acceso a las reclamaciones, 3. La consulta y participación de los afectados, 4. El registro y la documentación de los bienes, tierras, viviendas y patrimonio, 5. Los derechos de los arrendatarios y los ocupantes secundarios, 6. Las medidas legislativas que deben orientarse en los principios de igualdad y no discriminación, 7. Las medidas de naturaleza judicial referidas a la restitución, y 8. La indemnización.

Por último, los Principios Pinheiro se refieren al papel y a las funciones de la comunidad internacional y las organizaciones internacionales. Se enfatiza en el papel de todos los Estados que conforman la comunidad internacional así como los organismos internacionales en la garantía y el respeto del derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. El apoyo debe ser económico, técnico, científico y jurídico, y esto guía las actuaciones de la comunidad internacional frente a esta responsabilidad.

El marco normativo internacional y nacional relacionado con los segundos ocupantes frente a la restitución de tierras.

Se puede señalar que en términos de normas internacionales no existe un compendio o referencia específica al tema de los segundos ocupantes u ocupantes secundarios desde el ámbito internacional y que se ubique dentro de los tratados o convenios internacionales, esto es, que haga parte del *hard law*. Como ya se ha señalado, sólo los Principios Pinheiro hace referencia específica a los ocupantes secundarios en su principio 17, pero este pertenece al terreno *soft law* aunque se entiende que ello no implica que esté desprovisto de efectos jurídicos. Aun así, los mismos Principios Pinheiro deben entenderse

desde una perspectiva armónica y complementaria como bien se expresa en el principio 11:

Los Estados deben garantizar que todos los procedimientos, instituciones, mecanismos y marcos jurídicos relativos a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio sean plenamente compatibles con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, y que en ellos se reconozca el derecho al regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad.

En otros términos, estos principios reconocen la necesidad de articular las normas relacionadas con la materia de restitución con el bagaje jurídico de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, y ello conduce a que se consideren en su integridad todo el compendio del Derecho Internacional. Por tanto, resulta aplicable al tema de los segundos ocupantes la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y los mismos Principios Pinheiro. Este último se convierte en la base jurídica del Derecho Internacional más sólida para la protección de los segundos ocupantes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 tiene incidencia en la protección de los segundos ocupantes, lo cual se soporta al menos en tres motivos. Primero, comprende un logro de la humanidad y la comunidad internacional por reconocer un conjunto de derechos que se basan, principalmente, en la dignidad, la libertad, la igualdad, la justicia y la no discriminación. Segundo, tiene una amplia aceptación por parte de los Estados, y tiende a su ampliación porque cuenta con un carácter progresivo, lo que supone que puede aplicarse a múltiples casos y situaciones, entre

estos, la situación de los desplazados y refugiados, pero también a la de los ocupantes. Y tercero, ha sido base siempre de otros instrumentos internacionales de protección para los Derechos Humanos, además que debe interpretarse desde una perspectiva de complementariedad. Por tanto, el contenido de la Declaración es aplicable a los segundos ocupantes aunque la misma no mencione de manera tácita a esta población, pues es ante todo flexible, abstracta y abarcadora. Entonces, los segundos ocupantes tienen derecho a la igualdad, a la no discriminación, a un debido proceso, a contar con recursos, a que se respete su dignidad humana, entre otros.

También se encuentra en este grupo de instrumentos internacionales la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951. Este instrumento establece un conjunto de derechos aplicados a los refugiados y los desplazados como la igualdad, la no discriminación, la asociación, el acceso a la justicia, el retorno, empleo, vivienda, educación etcétera. Sin embargo, no hace referencia alguna a los segundos ocupantes.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dada su nivel de abstracción sí resulta aplicable a los segundos ocupantes. Por ejemplo, el artículo 2º que confiere a toda persona el derecho a que tenga recursos efectivos cuando se encuentre expuesto a una violación de sus derechos fundamentales, lo que incluye además la existencia de autoridades competentes tanto administrativas como judiciales. Del mismo modo, el artículo 12.1 que señala el derecho a la libre circulación y a la escogencia del lugar de residencia, o el artículo 10 y 17 que protege a la familia al expresar que no se pueden ejecutar injerencias arbitrarias en la vida privada y la familia, y la necesidad de protección y asistencia a la familia en cabeza del Estado. También las normas que reconocen la protección de los menores de edad mediante medidas especiales.

Y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconoce el derecho de toda familia a que sea protegida, en especial, las madres, las mujeres en estado de embarazo y los niños (art. 10), y el derecho de toda persona a mejores condiciones de vida como vivienda, vestido y alimentación (art. 11), los cuales son requisito en el logro del bienestar humano.

A nivel regional, la Convención Interamericana de Derechos Humanos - Pacto de San José de 1969 también goza de flexibilidad, y por ello sus contenidos en materia de derechos son aplicables a los segundos ocupantes. Como se describe en el mismo artículo 1º, los Estados se encuentran obligados y comprometidos con la protección y respeto de todas las libertades y derechos de las personas. Se resalta la base en la que descansa la Convención Interamericana, es decir, los principios de igualdad, libertad, dignidad humana y no discriminación, fundamentos que se ven agotados y mancillados frente a la situación de muchos segundos ocupantes que son reducidos y discriminados en los procesos de restitución de tierras en Colombia. En efecto, la Convención reconoce el derecho de toda persona a la igualdad, al debido proceso, al acceso de recursos, a las garantías procesales, al bienestar, y todo esto se ve desdibujado al someter al segundo ocupante a procesos en los que los recursos, los tiempos y las exigencias desbordan sus capacidades.

Por último, los Principios Pinheiro si se refieren de manera específica a los segundos ocupantes. El Principio 17.1 reconoce el derecho de estas personas a que no sean desalojados de manera arbitraria, y en caso de que sea inevitable la restitución, señala que el desalojo debe ser “compatible con los instrumentos y las normas internacionales de derechos humanos”. Esto significa que deben gozar de garantías procesales que incluyen consultas, notificaciones adecuadas y razonables, recursos jurídicos, y la misma reparación. El principio 17.2 reconoce que estas garantías procesales deben

ser justas en función de defender la dignidad humana y los derechos tanto de ellos como el de los justos propietarios.

Por su parte, el artículo 17.3 señala que el segundo ocupante desalojado que no tenga más recursos se le reconozca su derecho a una vivienda adecuada, por lo que los Estados deben “esforzarse por encontrar y proporcionar viviendas o tierras alternativas a dichos ocupantes, incluso de forma temporal, con el fin de facilitar la restitución oportuna de las viviendas, las tierras y el patrimonio de los refugiados y desplazados”. Y el principio 17.4 expresa que en los casos donde los segundos ocupantes vendieran las tierras o viviendas, los terceros de buena fe deben ser indemnizados. Es de resaltar que los mismos Principios Pinheiro hablan de una buena fe y no una buena fe calificada la cual supera en muchos casos las capacidades de los mismos individuos que se encuentran en esta situación. Pero así mismo, se describen en los Principios: “No obstante, cabe sostener que la gravedad del desplazamiento que originó el abandono de los bienes puede entrañar una notificación implícita de la ilegalidad de su adquisición, lo cual excluye en tal caso la formación de derechos de buena fe sobre la propiedad”.

Entonces, no se trata de desconocer los derechos que tienen las víctimas de desplazamiento y dejar a un lado como muchos segundos ocupantes adquirieron el dominio y la propiedad de tierras y viviendas aprovechando la situación de conflicto armado o participando de manera directa como despojadores, pero sí de reconocer como la buena fe exenta de culpa que exige la Ley 1448 de 2011 es desproporcional para muchos casos, personas que incluso son también víctimas del conflicto armado o que se encuentran en igual situación de vulnerabilidad.

La Ley 1448 en su artículo 88 menciona que las oposiciones en los procesos de restitución de tierras se deben presentar dentro de los 15 días siguientes a

la solicitud, acompañada de los documentos y demás pruebas relacionadas con el despojo, la buena fe exenta de culpa, el justo título y otras que consideren pertinentes. Para que se reconozca la compensación, se requiere demostrar la buena fe exenta de culpa, una buena fe calificada que sólo se acredita aportando pruebas de la debida diligencia del comprador: averiguaciones y consultas. Lo cierto es que muchas personas que le compraron a las víctimas o que compraron con posterioridad a terceros no tenían conocimiento cierto de la historia de los bienes adquiridos y no fueron partícipes del despojo ni del conflicto armado.

Y es que en efecto, la buena fe exenta de culpa se estructura a partir de elementos subjetivos y objetivos según ha reconocido la Corte Constitucional (2002, 18 de noviembre). Lo subjetivo o el elemento subjetivo se refiere a “la conciencia de obrar con lealtad” y lo objetivo o el elemento objetivo comporta “la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación”. En ese sentido, una buena fe tan solo abarca el elemento subjetivo, mientras que la buena fe calificada o exenta de culpa implica certeza con conocimiento.

Resulta necesario un abordaje más profundo en cuanto a las diferencias entre la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa por constituir un punto neurálgico del estudio. Bolívar, Gutiérrez y Botero (2017) a partir de la jurisprudencia nacional, analizan las figuras de la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa en los procesos de restitución de tierras. Frente a la primera expresan que se trata de un principio que se puede interpretar como “el actuar de manera honesta, leal y conforme se espera de una persona correcta, lo cual presupone una correspondencia recíproca de los demás” (p. 17). En otros términos, la lealtad y la honestidad son particularidades de la conducta que cimientan las actuaciones de todas las personas que viven en sociedad, y por tanto, se espera de toda persona correcta así como dicha persona espera que

las actuaciones de los demás se ajuste a los mismos parámetros.

En el caso de las personas que han sido víctimas del conflicto armado interno, la buena fe constituye un criterio de interpretación y que posibilita la aplicación de principios como la favorabilidad, preferencia y prevalencia, y el derecho de confianza legítima. De allí que las normas sustanciales y procedimentales aplicadas a estos individuos guarden un mayor grado de flexibilidad y protección: “en virtud de este principio, es deber del Estado presumir la buena fe de las víctimas, por lo cual deben tenerse como ciertas o fidedignas las declaraciones y pruebas aportadas por los declarantes relacionadas con su condición de víctimas y con la ocurrencia de los hechos victimizantes” (p. 18).

Ahora bien, la buena fe exenta de culpa o calificada en el marco de los negocios jurídicos se interpreta como “la demostración de aquel despliegue de actividades tendientes a asegurar que la transacción de los bienes no esté viciada de ninguna manera” (p. 30). En otras palabras, la buena fe exenta de culpa no se presume como la buena fe simple, sino que debe demostrarse en el conjunto de actuaciones que tienen por único fin excluir toda posibilidad de vicio de la transacción que se adelanta. Para los autores citados y conforme a la jurisprudencia de las altas Cortes, la buena fe exenta de culpa está integrada por tres elementos específicos: un primer elemento es el subjetivo, el cual se concreta en “la creencia, prudencia o conciencia de que se obra con lealtad” (p. 30), un segundo elemento subjetivo-social o también llamado objetivo que se manifiesta en la certeza producto de múltiples averiguaciones que llevan al individuo a un nivel de conciencia superior, y la presencia de un error invencible o ignorancia invencible, lo cual significa que en caso de encontrarse en yerro la persona que quiere demostrar la buena fe exenta de culpa, este no podía superarse si se compara con otra persona diligente puesta en circunstancias iguales.

Tabla 1. *Diferencias entre la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa*

Buena fe simple	Buena fe exenta de culpa
Se presume	Se demuestra
De menor nivel	De mayor nivel
Elemento subjetivo	Elementos subjetivo, objetivo y error invencible
Creencia de actuación leal y honesta	Certeza de actuación leal y honesta
No exige mayores averiguaciones	Averiguaciones para la comprobación del derecho
Hay creencia de una conducta leal: reciproca.	Actitud propia de una persona diligente y prudente

Fuente: Autores

Los aportes de los Principios Pinheiro para la adecuación de la política de restitución de tierras en Colombia respecto de los segundos ocupantes

Los Principios Pinheiro hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, y ello implica que tiene efectos jurídicos al servir de guía, parámetros, directrices o reglas en la formulación de las leyes, las políticas y las acciones tendientes a la atención de las personas desplazadas con derecho a la restitución. Pero del mismo modo, tiene cabida la aplicación de los principios consignados en el numeral 17 que favorece o reconoce como sujetos de derechos a los segundos ocupantes. El primer aporte, y el más sobresaliente, es el necesario cambio de la buena fe exenta de culpa por la buena fe simple a fin de no otorgar una carga desproporcional al segundo ocupante. Y es que como señalaba el demandante en la sentencia C-330 de 2016, la buena fe exenta de culpa exigida no tiene “en cuenta la multiplicidad de condiciones de quienes se constituyen como opositores dentro del proceso judicial, y que podrían hallarse en imposibilidad de demostrar ese estándar probatorio”.

Sin embargo, la buena fe se presume y no se podría exigir a aquellos que sí se aprovecharon de la situación y la vulnerabilidad de las víctimas o que participaron de manera activa del conflicto armado teniendo incidencia y responsabilidad en el despojo o el abandono. En efecto, la buena fe tiene el elemento subjetivo de convicción, por lo que se debería exigir la buena fe además de otro tipo de pruebas estandarizadas.

Un segundo aporte es la ampliación de los tiempos y los recursos para los segundos ocupantes en los procesos de restitución de tierras. Los opositores se encuentran limitados en cuanto a recursos jurídicos y tiempos procesales, los cuales son muchas veces insuficientes para la efectiva defensa de sus derechos. En ese sentido, la norma jurídica debe modificarse reconociendo segundas instancias y recursos excepcionales.

Un tercer aporte de los Principios Pinheiro es la posibilidad de constituir una entidad gubernamental que le brinde a los segundos ocupantes en situación de vulnerabilidad la ayuda jurídica y técnica que requieren, pues la finalidad del Estado no debe ser reconocer unos derechos y otros no, o satisfacer las necesidades de unos y excluir las necesidades de otros de sus políticas. El fin absoluto es la justicia y la verdad, y con una estrategia de este tipo se podría ayudar en la construcción de un orden justo.

Un cuarto aporte es la consolidación de medidas transitorias y provisionales para los segundos ocupantes en situación de vulnerabilidad que no cuentan con otros recursos para que el desalojo en los casos en que sea inevitable no resulte violatorio de los Derechos Humanos. Esto se traduce en la disposición de lugares transitorios y ayudas económicas. Lo mismo se aplicaría a otro conjunto de grupos poblacionales que cuentan con especial protección constitucional como los adultos mayores, las madres cabeza de familia, las

mujeres en estado de embarazo, personas en situación de discapacidad, entre otros.

Conclusiones

Los Principios Pinheiro hacen parte del bloque de constitucionalidad en Colombia, y ello significa que los derechos y garantías en cabeza de los segundos ocupantes deben ser reconocidos dentro del ordenamiento jurídico interno y las políticas públicas que se diseñen. Si bien pertenecen a la categoría *soft law* del Derecho Internacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llevado a que los mismos sean un referente al momento de llevar a cabo la política de restitución de tierras en el país.

La exigencia de la buena fe exenta de culpa así como las formalidades procesales dispuestas en este tipo de procesos, constituyen una carga adicional para los segundos ocupantes que no permite la plena aplicación de los principios 17.1 y subsiguientes de los Principios Pinheiro, y esto debe ser objeto de revisión frente a la reglamentación de la restitución de tierras en Colombia, pues sirven de base jurídica para proponer reformas y nuevas medidas que le permita a segundos ocupantes asegurar su dignidad humana y los principios de igualdad y no discriminación que permean el Derecho Internacional.

Por otro lado, los Principios Pinheiros deben ser interpretados desde una visión complementaria y articulada del Derecho Internacional, es decir, la comprensión razonable sobre los mismos debe estar basada en conjunto con los demás instrumentos de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Por tanto, hay una vigencia clara de los Principios Pinheiro al contexto colombiano que se justifica en el mismo carácter progresivo de los

Derechos Humanos y el reconocimiento de estos principios al bloque de constitucionalidad.

Referencias bibliográficas

Bolívar, A., Gutiérrez, L. y Botero, A. (2017). *La buena fe en la restitución de tierras. Sistematización de jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Chaparro, S., Revelo, J. y Sánchez, N. (2016). *La restitución de tierras y territorios. Justificaciones, dilemas y estrategias*. Bogotá: Antropos / Dejusticia.

Colombia. Congreso de la república (2011, 10 de junio). Ley 1448. Diario Oficial No. 48.096 del 10 de junio de 2011.

Colombia. Corte Constitucional (2002, 18 de noviembre). Sentencia C-1007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2016, 23 de junio). Sentencia C-330. M.P. María Victoria Calle Correa.

Del Toro Huerta, M. (2006). El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 6, 513-549.

Martínez, P. (2013). *Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia en contexto. Un análisis de las contradicciones entre el modelo agrario y la reparación a las víctimas*. Berlin: FDCL / TNI.

Moreno, T., Medina, J., Fuentes, A. y Lopera, A. (2016). *Restitución de tierras en Colombia: análisis y estudios de caso*. Bogotá: CINEP.

Naciones Unidas (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. *Resolución 217 A (III)*, el 10 de diciembre de 1948.

Naciones Unidas (1966, 16 de diciembre). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966. *Resolución 2200 A (XXI)*, de 16 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas (2005). Principios de las Naciones Unidas sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. *Resolución 2005/21* del 28 de junio de 2005.

Naciones Unidas (2007). *Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas*. Santiago de Chile: OCAH/DIDI, UN HABITAT, ACNUR, FAO, ACNUDH y CNR.

Organización de Estados Americanos (1969, 22 de noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica, 1969.

Red Nacional de Información (2018). Registro Único de Víctimas (RUV). [En línea] Recuperado de: <https://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV> [Consulta: 02/02/2018]

Sentencia C-401 (14 de abril de 2005). Corte Constitucional. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá, D.C., Colombia: Expediente D-5355.

Sentencia T-821 (5 de octubre de 2007). Corte Constitucional. *M.P.: Catalina Botero Marino*. Bogotá, D.C., Colombia: Expediente T-1642563.